

LIJEANE CRISTINA PEREIRA SANTOS

**AÇÕES COLETIVAS CONSTITUCIONAIS: MEIOS DE TUTELA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO**

**Monografia apresentada ao
Departamento de Direito Civil e
Processual Civil, como requisito parcial
à conclusão do Curso de Direito, Setor
de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná.**

Orientador: Prof. Elton Venturi

CURITIBA

2001

TERMO DE APROVAÇÃO

LIJEANE CRISTINA PEREIRA SANTOS

AÇÕES COLETIVAS CONSTITUCIONAIS: MEIOS DE TUTELA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

**Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel do
Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela
seguinte banca examinadora:**

Presidente:

2º Membro da Banca

3º Membro da Banca

Curitiba, de de 2001

SUMÁRIO

RESUMO	v
1. INTRODUÇÃO	01
2. PATRIMÔNIO PÚBLICO	04
2.1. Conceito.....	04
2.2. Bens públicos.....	04
2.3. Erário público.....	05
2.4. Patrimônio moral.....	06
3. MEIOS DE TUTELA DA PATRIMÔNIO PÚBLICO	08
3.1. Formas de controle do patrimônio público.....	08
3.2. Modalidades processuais de tutela.....	10
3.3. Mandado de Segurança Coletivo.....	12
3.4. Ação ordinária.....	14
4. AÇÃO POPULAR	16
4.1. Evolução histórica e considerações iniciais.....	16
4.2. Pressupostos básicos para interposição de ação popular.....	17
4.3. Das partes legitimadas.....	20
4.4. O papel do Ministério Público.....	22
4.5. Peculiaridades da ação popular e considerações finais.....	23
5. AÇÃO CIVIL PÚBLICA	28
5.1. Evolução histórica e considerações iniciais.....	28
5.2. Das partes legitimadas, do foro e do processo.....	29
5.3. Dos efeitos da sentença e a restrição estabelecida pela Lei 9.494/97.....	31
5.4. O Inquérito Civil.....	33
6. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE	
ADMINISTRATIVA	36
6.1. Defesa da probidade administrativa por intermédio da ação civil pública.....	36
6.2. Peculiaridades introduzidas pela Lei 8.429/92.....	38
6.3. Sanções atribuídas aos agentes de improbidade administrativa.....	40

6.4. Paralelo entre a ação popular e a ação civil pública na defesa do patrimônio público.....	43
7. CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS.....	49

RESUMO

Análise do controle constitucional do patrimônio público, em todos os seus sentidos, seja como bem público, erário público ou patrimônio moral, sob o enfoque da forma de controle externo jurisdicional, que abarca a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo. A ação popular, que tem sua legitimidade ativa acostada no cidadão, apesar de pouco efetiva, se bem utilizada, pode ser um meio adequado de controle do patrimônio público, além de ser instrumento de exercício da cidadania. A ação civil pública, com legitimidade ampliada, concedida principalmente ao Ministério Público, e no caso de ato de improbidade administrativa, às entidades lesadas, permite que se diminuam os casos de desrespeito ao povo brasileiro através dos desvios excessivos de verbas que seriam destinadas à melhora da condição de vida do povo brasileiro, ansioso por mudanças. Também, aponta-se a importância da Lei 8.492/92 no combate a imoralidade e à corrupção, que somente será plenamente efetivada com a integração das demais leis sobre o assunto – visto que seus enunciados são quase na totalidade de direito material – principalmente a Lei 7.347/85 (lei da ação civil pública) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), acompanhando, certamente, as novas tendências do direito processual civil constitucional.

Palavras-chave: patrimônio público; controle externo jurisdicional; ação popular; ação civil pública; improbidade administrativa.

1. INTRODUÇÃO

O serviço público mundial passa por um caos gerado pelas baixas condições de vida, ausência de emprego para todos, e, principalmente, a frustração de alguns homens que consideram-no um trabalho necessário, mas não agradável.

A improbidade administrativa, ou seja, os atos que causam enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou que atentam contra os princípios administrativos, é um reflexo deste caos e, sua proteção, direito coletivo dos cidadãos. Entretanto, o controle interno e externo do patrimônio público fazem com que, cada vez mais, o combate a estes atos, prejudiciais à administração do Estado e aos administrados (descrentes em administrações corruptas), seja priorizado.

Com efeito, a revolução mundial deste último meio século, teve como preocupação efetiva os direitos que não atingem uma ou mais pessoas individualmente, mas sim toda uma coletividade. São os chamados direitos difusos, metaindividuais ou coletivos. No ordenamento jurídico da época verificou-se uma enorme dificuldade para se tutelar estes direitos, visto que os modos de tutela existente não se adaptavam a esta nova realidade.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, com sua índole democrática e social, inovou em diversos aspectos, adaptando o direito processual à tutela das coletividades. Anteriormente, as Leis nº 4.717/65 e nº 7.347/85, que, respectivamente, tratam da ação popular e da ação civil pública e, posteriormente, a Constituição Federal de 1988, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Improbidade Administrativa (lei nº 8.429/92), juntamente com as demais leis sobre tutela coletiva dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, estabeleceram novo traçado para esta problemática.

Dentre os diversos direitos transindividuais – meio ambiente, consumidores – este trabalho tratará sobre a tutela constitucional do patrimônio público.

Neste viés, a Constituição Federal de 1988, em relação ao direito material, como forma de proteção do patrimônio público, inseriu, no *caput* do artigo 37, os princípios da administração pública, de obrigatória observação pelos administradores. Já no âmbito processual, ampliou a esfera de incidência da ação popular, situou a ação civil pública como meio de defesa do patrimônio público e determinou a criação de uma Lei específica para os atos de improbidade administrativa, legitimando o Estado à aplicação de sanções como suspensão dos direitos políticos, perda de bens adquiridos ilicitamente, perda de função pública, além de inovar com a criação do mandado de segurança coletivo.

Considerando o contexto acima, o primeiro capítulo deste trabalho monográfico trata do patrimônio público, seu conceito e suas espécies. O segundo capítulo enfatizará os meios de controle, subdivididos em controle interno e controle externo, sendo que dentro do controle externo jurisdicional, os instrumentos são a ação popular, a ação civil pública e o mandado coletivo – que por seu caráter secundário será abordado em um item deste mesmo capítulo – não esquecendo de manifestar o entendimento sobre o cabimento de ação ordinária para a tutela do patrimônio público. Dando seqüência, o terceiro capítulo abordará a ação popular, realçando os pressupostos básicos de interposição, as partes legitimadas, o papel do Ministério Público e as demais peculiaridades processuais. O quarto capítulo, por sua vez, falará sobre a ação civil pública, destacando as partes legitimadas, os efeitos da sentença e o inquérito civil. Por fim, o quinto capítulo, problematizando o cenário político brasileiro, toma a Lei 8.429/92, determinando sua ação principal como a ação civil pública, sem esquecer das peculiaridades por esta lei introduzidas, como as espécies de sanções.

A correta utilização dos meios jurisdicionais de controle do patrimônio público, somada à vontade do cidadão brasileiro e de suas instituições, como o Ministério Público, como será demonstrado neste trabalho, pode levar à necessária efetivação do esquecido art. 3º, da nossa Carta Magna, protegendo, por consequência, os importantes direitos de terceira geração. O objetivo do presente trabalho monográfico é, através da enumeração destes meios processuais, demonstrar a possibilidade de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, além de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor e idade e quaisquer formas de discriminação.

2. PATRIMÔNIO PÚBLICO

2.1. Conceito

O conceito de patrimônio público abarca diversas espécies que, juntas, estabelecem os contornos para a melhor compreensão das formas de improbidade administrativa: enriquecimento ilícito, atos lesivos ao erário e ofensa aos princípios da Administração Pública.

Neste sentido, utilizando as lições de Fernando Rodrigues Martins¹, pode-se conceituar patrimônio público como “o conjunto de bens, dinheiro, valores, e direitos pertencentes aos entes públicos (União, Estado, Distrito Federal e Municípios), através da administração direta ou indireta e fundacional, cuja observação seja de interesse público e difuso, estando não só os administradores, como também os administrados, vinculados à sua proteção e defesa.”

2.2. Bens Públicos

Sobre o conceito e abrangência dos bens públicos, Celso Antônio Bandeira de Mello² enuncia, de forma restritiva, que “Bens públicos são todos os bens que pertencem às *personas jurídicas de Direito Público*, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público (estas últimas, aliás, não passam de autarquias designadas pela base estrutural que possuem), bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público.”

¹ MARTINS, F. R. *Controle do patrimônio público*, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 17.

² MELLO, C. A. B. de. *Curso de Direito Administrativo*, 12ªed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 727.

Com efeito, a Constituição Federal, artigo 20, enumera os bens pertencentes à União – e os que lhe irão pertencer – enquanto que o artigo 26, enumera os bens dos Estados. Em relação aos últimos, as Constituições Estaduais, desde que respeitando os limites da Constituição Federal, podem disciplinar sobre seus bens. Por fim, em relação aos Municípios, os bens são discriminados nas respectivas leis orgânicas.

Quanto ao regime jurídico, o Código Civil, artigo 66, classifica-os como bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais. Os dois primeiros são considerados bens afetados, ou seja, reservados a uma finalidade pública específica e imutável. Os últimos, por sua vez, são bens desafetados, isto é, livres de qualquer finalidade. Estes, devido ao citado regime jurídico são alienáveis, enquanto aqueles, não o são.

Esta diferença (bens afetados e desafetados) tem grande relevância para a matéria de improbidade administrativa, uma vez que a alienação de bens afetados pode subsumir-se às condutas lesivas da probidade administrativa. Os bens públicos afetados não podem ser colocados à disposição dos particulares sem o devido procedimento de desafetação (quando possível) sob pena de incorrer nas condutas do artigo 10, incisos I e IV, da Lei 8.429/92.

2.3. Erário Público

O erário público é o espectro econômico do patrimônio público. Diz respeito ao tesouro, ao “conjunto de órgãos administrativos encarregados da movimentação econômico-financeira do Estado (arrecadação de tributos, pagamentos, aplicação de verbas etc.).”³

³ PAZZAGLINI FILHO, M., ROSA, M. F. E., FAZZIO JR., W.. **Improbidade Administrativa**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 76.

É a idéia de dinheiro, haveres, ou valores arrecadados pela função fiscal do Estado.

Cabe salientar que em relação aos valores econômicos do Estado há uma divisão entre o erário público dos entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Sob o enfoque da Lei 8.429/92 esta distinção se faz salutar visto que há inúmeros atos de improbidade administrativa que representam desvio de verbas quando do repasse das mesmas entre os entes políticos.

2.4. Patrimônio Moral

O patrimônio moral da Administração Pública abarca seus princípios regentes⁴, quais são: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Em especial, trataremos do princípio da moralidade administrativa, pois a Lei 8.429/93 lhe atribui maior importância, enumerando⁵, inclusive, os deveres que devem ser seguidos pelo administrador público.

A moralidade administrativa tem íntima relação com valores como a ética, a lealdade, a honestidade, o profissionalismo e a boa-fé. Deve ser orientada pelo fim último da Administração Pública, ou seja, o interesse público. Por isso, uma das consequências do princípio da moralidade foi a teoria do desvio de finalidade. O administrador público deve estar sempre orientado no sentido de cumprir com o interesse público, não incidindo em conduta ímproba. A moralidade administrativa procura dar sentido e coerência à ação da Administração Pública.

Cabe, também, deixar claro a diferença entre os conceitos de improbidade administrativa e de moralidade administrativa. O ato de imoralidade afronta a

⁴ Enumerados no *caput* do artigo 37, da Constituição Federal.

⁵ Art. 11, Lei 8.429/93.

honestidade, a boa-fé, o respeito à igualdade, isto é, os postulados éticos e morais. A improbidade, por sua vez, significa a má qualidade de uma administração que realiza ato implicando em enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou violação aos princípios administrativos. Assim, todo o ato contrário à moralidade administrativa enseja uma conduta ímproba, mas nem todo ato de improbidade administrativa representa, em tese, violação ao princípio da moralidade.

Neste viés, nota-se a dificuldade de se separar em um caso concreto uma conduta ímproba que não enseje violação a um dos princípios da Administração Pública. Isto porque, qualquer caso de enriquecimento ilícito ou lesão ao erário ofende também o patrimônio moral. A novidade trazida pela Lei 8429/93 é o fato de que se houver conduta que somente ofenda princípios da Administração Pública e não cause lesão ao erário ou enriquecimento ilícito, também será passível das sanções da Lei de Improbidade, estabelecidas em seu artigo 11.

3. MEIOS DE TUTELA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

3.1. Formas de controle do patrimônio público

O controle do patrimônio público, acompanhando o controle dos atos do Estado, pode ser feito de forma interna ou externa. O controle interno é realizado pela própria administração enquanto que o externo é feito pelos órgãos do Legislativo e do Judiciário. Ainda, por ser a Administração Pública descentralizada, há o controle exercido pela administração direta em relação à indireta.

O controle interno é chamado de autotutela. Por ela, através dos princípios constitucionais, a Administração Pública pode rever, a qualquer tempo, seus próprios atos. Os instrumentos de autotutela mais usados são os pedidos de reconsideração, os recursos administrativos, o controle de gestão, os pareceres e o controle financeiro.

Por outro lado, o controle externo parlamentar pode ser dividido em controle político e controle financeiro, ambos tendo como parâmetro os limites estabelecidos na Constituição da Federal (para que não se infrinja o princípio constitucional da separação dos poderes). O controle político tem sua manifestação nas CPI's, nos pedidos de informação, na convocação de Ministros do Estado para prestarem esclarecimentos sobre assunto previamente determinado⁶, dentre outras possibilidades descritas na Constituição Federal. O controle financeiro, por sua vez, é exercido pelos Tribunais de Contas.

A última forma de controle externo é a jurisdicional. Cabe salientar que, em se tratando de patrimônio público é a forma mais expressiva de controle dos atos que causam lesão ao erário, enriquecimento ilícito ou ofensa aos princípios da administração pública.

⁶ Art. 50, CF.

O controle jurisdicional do patrimônio público é instrumentalizado principalmente pela Ação Civil Pública e pela Ação Popular. A diferença essencial entre as duas ações está na legitimidade ativa, como veremos nos capítulos seguintes. Isto porque, a Ação Civil Pública pode ser proposta pelo Ministério Público ou pelas associações lesadas enquanto que na Ação Popular o legitimado é o cidadão.

Sob a luz desses critérios, temos que o controle jurisdicional da probidade administrativa depende da iniciativa de dois fiscais para se tornar efetivo, quer dizer, move-se impelido pela iniciativa popular (ação popular) ou pela iniciativa ministerial (ação civil pública), conquanto se confira também legitimação às pessoas jurídicas imediatamente atingidas pelas condutas ímprobas para a adoção de medidas judiciais.⁷

Como instrumentos auxiliares destas duas ações coletivas temos o Inquérito Civil Público, com a finalidade investigatória para instrução de uma futura Ação Civil Pública, e as medidas cautelares de indisponibilidade de bens e haveres, seqüestro e afastamento do funcionário de seu cargo durante a instrução.

Como já mencionado, nos próximos capítulos daremos ênfase ao controle jurisdicional principal, estudando as peculiaridades da ação popular e da ação civil pública. Entretanto, para finalizar, cabe mencionar que muitos autores falam de uma ação de improbidade administrativa. Como se verá, não há no nosso ordenamento jurídico um instrumento de controle do patrimônio público com essa denominação. Na verdade, a chamada ação de improbidade administrativa não passa de uma espécie de ação civil pública, só que com as particularidades introduzidas em nosso ordenamento pela Lei 8.429/93.

Ainda, mencionar-se-á nos próximos itens desse capítulo as modalidades de tutela no sentido processual e, dentro do viés constitucional, o cabimento do mandado de segurança coletivo e da ação ordinária na proteção do patrimônio público.

⁷ PAZZAGLINI FILHO, M., ROSA, M. F. E., FAZZIO JR, W. Op. cit., p. 19.

3.2. Modalidades processuais de tutela

As modalidades processuais de tutela de um direito individual ou coletivo podem ser divididas em três: tutela inibitória, tutela preventiva (ou de urgência) e tutela repressiva.

A tutela inibitória é uma construção doutrinária⁸ inovadora que, baseada no artigo 461, do CPC, e no artigo 84, do Código de Defesa do Consumidor, atende às diversidades surgidas no direito material, antes não efetivadas pelos instrumentos tradicionais de tutela. Seu cabimento está, essencialmente, quando se quer evitar a prática ou a repetição do ilícito. A simples declaração não é o suficiente para inibir uma conduta. Se a sentença declaratória não vier acompanhada de outras providências judiciais, como as previstas no artigo 461, do CPC, não há possibilidade de se efetivar o pedido do autor, razão pela qual, a tutela inibitória é concretizada com uma sentença mandamental⁹. Portanto, para a tutela inibitória não basta uma sentença que ordene, mas também uma coerção indireta.

Quanto ao cabimento da tutela inibitória nas ações coletivas, o artigo 11, da Lei da Ação Civil Pública, admite apenas a forma de tutela inibitória que visa fazer cessar a prática do ilícito. Entretanto, o artigo 84, do Código de Defesa do Consumidor, estende a aplicação da tutela inibitória pura (aquela que pretende inibir a prática de um ato) a todos os direitos difusos e coletivos, inclusive para o patrimônio público.

A tutela preventiva, por sua vez, relaciona-se com os atos que estão para acontecer e que, se acontecerem, infringirão o direito subjetivo individual ou coletivo.

⁸ Na doutrina brasileira cabe destacar o prof. Luiz Guilherme Marinoni, precursor de estudos sobre a tutela inibitória. Sobre o assunto editou, pela editora Revista dos Tribunais, em 1998, o livro "Tutela Inibitória".

⁹ Segundo a classificação quinária das sentenças, proposta pelo gênio jurídico Pontes de Miranda, a sentença mandamental é aquela que, diferentemente da condenatória que depende

Por isso, utiliza instrumentos para que o ato não interfira na esfera do direito que seria lesionado. No contexto, para a efetividade da tutela preventiva temos a antecipação de tutela e a tutela cautelar. O artigo 5º, XXXV, traz o fundamento constitucional da tutela preventiva, disciplinando que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Protege direitos que têm grande possibilidade de virem a ser lesados no decorrer do processo, por isso, necessária se faz medida cautelar ou antecipação dos efeitos da sentença de procedência. Assim, leciona Luiz Guilherme Marinoni:

A tutela de prevenção do ilícito, como é óbvio, requer um procedimento estruturado com tutela antecipada, pois o direito a que se visa proteger através da tutela preventiva tem, em regra, grande probabilidade de ser lesado no curso do processo. De outro modo, a tutela preventiva pode ser transformada em tutela ressarcitória, ou o direito em pecúnia, mediante uma injusta expropriação imposta pelo próprio tempo que o Estado exige para tutelar o direito que ele mesmo consagra.

A necessidade de tutela preventiva exige a estruturação de um procedimento autônomo, dotado de tutela antecipatória e que desemboque em uma sentença que possa impor um fazer ou um não fazer sob pena de multa. (...)

Um procedimento deste tipo é absolutamente imprescindível em um ordenamento jurídico que se empenha em dar efetividade aos direitos que consagra, especialmente aos direitos não patrimoniais, os quais evidentemente não podem ser tutelados de forma adequada através de procedimentos que finalizam nas sentenças da classificação trinária.

Por fim, a tutela repressiva ou ressarcitória, ao contrário da tutela preventiva, permite que a tutela jurisdicional seja pensada apenas em nível processual. Nela, importa somente a realização do direito de crédito que corresponde à lesão do direito. Através dele é que as partes encontram satisfação definitiva para o processo em relação aos seus direitos patrimoniais.

Quanto a ação civil pública, a ação popular e o mandado de segurança coletivo, ambos são passíveis de tutelar preventiva e repressivamente lesão ou direito, como se verá no decorrer do presente trabalho.

necessariamente de uma execução, é expedida uma ordem de adimplemento atrelada a uma coerção, geralmente, a multa.

3.3. Mandado de Segurança Coletivo

Como se sabe, o mandado de segurança coletivo é uma ação que também se presta para tutelar os direitos difusos. Por isso, pode ser perfeitamente utilizada para proteger o patrimônio público, não obstante a menor frequência devido aos instrumentos principais de tutela: ação popular e ação civil pública.

A Constituição Federal de 1988, instituiu o mandado de segurança coletivo em seu artigo 5º, LXX, estabelecendo como diferenciador do mandado de segurança individual, a legitimidade ativa. Neste sentido, a transcrição do artigo constitucional é esclarecedora: “LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: *a)* partido político com representação no Congresso Nacional; *b)* organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;”

Ampliando a legitimidade ativa realizou um avanço para o instituto o mandado de segurança, uma vez que anteriormente à Constituição não havia possibilidade de impetrá-lo coletivamente, razão pela qual diversas decisões diferentes eram emanadas quando idêntico direito era pleiteado. O autor Paulo Lúcio Nogueira¹⁰, neste sentido leciona:

A criação do mandado de segurança coletivo teve em vista fortalecer as organizações classistas e unificar soluções de interesses comuns de vários associados, pertencentes à mesma categoria. Não deixa de ter sido um avanço esta conquista, pois não só permite a impetração de uma coletividade uniformidade de decisão para todos. Antes, cada um deveria entrar com mandado individual ou habilitar-se como litisconsorte para ser também beneficiado.

Ainda, o mesmo autor, sobre a abrangência dos direitos tutelados: “A lei constitucional não definiu quais os direitos protegidos pelo mandado coletivo, mas os

¹⁰ NOGUEIRA, P. L. *Instrumentos de tutela e direitos constitucionais*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 74.

autores têm-se manifestado no sentido de que são tutelados os interesses legítimos, difusos ou coletivos de maneira geral.”

Dentro deste contexto, Alfredo Buzaid¹¹ conceitua o mandado de segurança coletivo como “(..) ação judicial impetrada por partido político, organização sindical, entidade de classe ou associação constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, fundando-se em direito líquido e certo ameaçado ou violado por ilegalidade ou abuso de poder, praticado por autoridade pública.”

Explicitando o conceito acima, cabe falar sobre o direito líquido e certo e ilegalidade e abuso de poder, pressupostos esses necessários para a admissibilidade do *mandamus*, seja individual ou coletivo.

Quanto ao direito líquido e certo cabe estabelecer seu sentido processual, uma vez que não é uma classe de direito material, como pensam alguns autores. O impetrante deve tornar o fato líquido e certo porque no mandado de segurança não há espaço para produção de provas. Assim, presença de direito líquido e certo quer dizer necessidade de prova pré-constituída. A existência de prova pré-constituída é pressuposto processual para existência de uma sentença de mérito. Sua ausência determina a extinção do processo sem julgamento do mérito.

Quanto à autoridade coatora não é qualquer comportamento coator que dá ensejo à propositura do mandado de segurança. Para impetração do *mandamus* é necessário a ocorrência de ilegalidade ou abuso de poder. A ilegalidade, por óbvio, é um comportamento contra o ordenamento jurídico. O abuso de poder, não obstante tratar-se também de uma ilegalidade, guarda equivalência com a discricionariedade da autoridade pública.

¹¹ BUZAID, A. *Considerações sobre o mandado de segurança coletivo*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 10.

Ademais, cabe acrescentar que exclui-se o cabimento de mandado de segurança quando a situação for passível de *Habeas Corpus* e *Habeas Data*, sendo que não há fungibilidade entre as ações.

Conclui-se, do contexto, que o mandado de segurança coletivo é uma garantia constitucional dos cidadãos que, presentes os requisitos do direito líquido e certo, da existência de ilegalidade ou abuso de poder, da legitimidade ativa e da inexistência de situação passível de *Habeas Data* e *Habeas Corpus*, pode perfeitamente tutelar o patrimônio público.

3.4. Ação Ordinária

A previsão constitucional da ação ordinária está no artigo 5º, XXXIV, “a”, que garante o direito de petição, nos seguintes termos: “(...) são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

O cabimento da ação ordinária para a defesa do patrimônio público deve ser extraído da legitimidade da parte, levando em conta a exclusão das outras ações que tutelam os direitos transindividuais, visto que em dos requisitos para a admissibilidade da ação é o interesse de agir, concretizado, também, pela propositura da ação adequada para atingir os fins pretendidos, segundo o critério da utilidade, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito.

Com efeito, a propositura de uma ação ordinária que pretenda a nulidade de um ato administrativo ofensivo ao patrimônio público, quando o legitimado é o cidadão, somente pode ser feita via ação popular.

Quando o objeto da ação é um ato de ilegalidade ou abuso de poder, dever-se-á utilizar, nos casos de ação coletiva, como já visto, o mandado de segurança coletivo, não sendo possível a ação ordinária.

Nos casos amparados pela Lei 8.429/92, como se verá adiante, a utilização da ação civil pública é obrigatória, não cabendo ação ordinária em nenhuma hipótese. Entretanto, para os casos anteriores à Lei de Improbidade Administrativa há um regime peculiar quando se tratar de reparação civil. Assim, os atos que não configuraram enriquecimento ilícito (sujeitos à sanção criminal), mas causaram lesão ao erário, estão sujeitos à obrigação de ressarcir, possível por ação ordinária.

Com essa análise, conclui-se que somente pode-se falar em utilização de ação ordinária para a tutela do patrimônio público para os casos em que a lesão ao erário tenha ocorrido anteriormente à Lei 8.429/92. Nos outros casos, por falta de legitimidade, a Constituição Federal não autoriza tal utilização, deixando os encargos para o mandado de segurança coletivo, ação popular e ação civil pública.

4. AÇÃO POPULAR

4.1. Evolução histórica e considerações iniciais

A ação popular é um instituto cuja existência remonta o Direito Romano. Por meio da *actio populares*, qualquer cidadão romano podia defender interesses da sociedade romana. “As ações populares colimavam genericamente fazer respeitar um direito comunitário agravado por ato ilícito. Erguiam-se em proveito direto da coletividade, da qual, como um de seus componentes, beneficiava-se também o autor popular.”¹²

No ordenamento jurídico brasileiro, a ação popular surgiu com a Constituição de 1934¹³, sendo suprimida em 1937, mas retornando com a Constituição de 1946. Porém, sua regulamentação somente foi concretizada com a Lei Federal nº 4.717/65.

A Constituição de 1967 e a emenda constitucional de 1969, mantiveram a ação popular nos seguintes termos: “qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.”

Logo após, em 1977, a Lei nº 6513, alterou o artigo 1º, §1º, da Lei 4.717/65, ampliando o bem jurídico a ser tutelado pela ação popular para “os bens de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.” Esta lei ordinária deu uma maior amplitude ao instituto e possibilitou a existência de ações populares fundadas na Constituição e ações populares baseadas na lei infraconstitucional.

A Constituição de 1988 veio unificar estas situações, além de incluir a moralidade administrativa como objeto de tutela, prevendo em seu artigo 5º, inciso

¹² SIDOU, J. M. O.. “Habeas Corpus”, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, “Habeas Data”, Ação Popular. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 310.

¹³ “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos ao patrimônio da União, Estados ou dos Municípios.”

LXXIII: “Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.”

Por conseqüência, os bens a serem tutelados pela ação popular são a moralidade administrativa, o meio ambiente, o patrimônio público, histórico e cultural, abrangendo, os atos praticados tanto pela Administração direta como pela indireta.

A finalidade da ação popular é proteger o patrimônio público. O autor popular busca a proteção de interesses coletivos, com o fim de corrigir a adoção de ato lesivo ao patrimônio coletivo.

Diante das considerações acima, pode-se conceituar ação popular como “instituto processual civil, outorgado a qualquer cidadão como garantia político-institucional (ou remédio constitucional), para a defesa do interesse da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional corretivo de atos lesivos do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural.”¹⁴

4.2. Pressupostos básicos para interposição da ação popular

Os pressupostos básicos da ação popular (ressalvando os pressupostos para a propositura de qualquer ação que tenha por base o CPC), como se pode extrair do conceito supracitado, são: cidadania do autor, ilegalidade ou imoralidade da conduta praticada e existência de lesão aos bens jurídicos tutelados, aqui considerados mais

¹⁴ SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.464.

especificamente (em relação à tutela do patrimônio público), o patrimônio público e a moralidade administrativa.

O primeiro requisito para a propositura da ação popular é o de que o autor seja cidadão brasileiro¹⁵, nato ou naturalizado, inclusive os que figuram na faixa etária dos 16 aos 21 anos. Ou seja, a pessoa humana, no gozo de seus direitos cívicos e políticos, requisito, esse, que se traduz na sua qualidade de eleitor. Somente o indivíduo – pessoa física – munido de seu título eleitoral, poderá propor ação popular. Nas palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁶:

(...) o exercício da ação popular pede a *concomitância* da dupla condição de brasileiro e eleitor. Compreende-se que assim seja, porque é ao entrar no gozo dos direitos políticos que o brasileiro passa a fruir da condição de fiscalizar os representantes que elege para o Parlamento, e, por extensão, todos os demais agentes encarregados da gestão da coisa pública, cuja conduta deve pautar-se pelas diretrizes estabelecidas no art. 37 da CF

Neste sentido, os inalistáveis ou inalistados, bem como os partidos políticos, entidades de classe ou qualquer outra pessoa jurídica, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal¹⁷, não têm legitimidade para propor ação popular.

O segundo requisito da ação popular é a ilegalidade ou imoralidade do ato a invalidar, isto é, que o ato seja contrário ao Direito, por infringir normas ou princípios gerais que regem sua prática na Administração Pública. Se o ato é considerado ilegal ou imoral (ilegítimo) decai em vício que enseja nulidade, segundo art. 2º¹⁸, Lei

¹⁵ Assim, dispõe o início do artigo 1º, da Lei 4.717/65: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação de ato lesivos...”

¹⁶ MANCUSO, R. de C.. **Ação Popular**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 127.

¹⁷ Sobre o assunto vide Súmula nº 365 STF a qual dispõe que “a pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular”.

¹⁸ Art. 2º - São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

4.717/65, ou anulabilidade, como descreve o art. 3º, da mesma lei. Neste contexto, é mister ressaltar que o requisito da lesividade é essencial na ação popular, diferentemente do que ocorre na ação civil pública por ato de improbidade administrativa, como se verá no sexto capítulo.

Por fim, quanto ao terceiro pressuposto, entende-se que além da ilegalidade, abordada no item anterior, a prova da lesividade ao patrimônio público e à moralidade administrativa é necessária para propositura da ação popular, sendo, pois, preciso provar o vício do ato e a lesão causada ao patrimônio público em virtude da ilegalidade. Cabe salientar que, por óbvio, a lesividade deve ser aferida em relação ao patrimônio material e moral da Administração Pública.

Ademais, observa-se que a ação popular não autoriza o Poder Judiciário a invalidar opções administrativas baseadas somente na conveniência e oportunidade, ou seja, decisões discricionárias¹⁹, pois essa valoração somente é da competência da própria Administração Pública. Conseqüentemente, o pronunciamento do Judiciário na ação popular deve se ater unicamente à legalidade do ato e à sua lesividade pelo

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência

Art. 3º - Os atos lesivos ao patrimônio das pessoas de direito público ou privado, ou das entidades mencionadas no art. 1º, cujos vícios não se compreendam nas especificações do artigo anterior, serão anuláveis, segundo as prescrições legais, enquanto compatíveis com a natureza deles.

¹⁹ Os limites da discricionariedade do administrador devem ser aferidos exclusivamente da lei. Assim, se o ato que deu fundamento para utilização do critério discricionário é ilegal, poderá ser revisto pelo Judiciário.

patrimônio público, sendo que a ausência desses dois vícios no ato impugnado obsta o êxito da ação popular.

Dentro dos parâmetros descritos acima é que o Poder Judiciário irá examinar a moralidade dos atos administrativos. Isto porque, “não cabe ao magistrado substituir os valores morais do administrador público pelos seus próprios valores, desde que uns e outros sejam admissíveis como válidos dentro da sociedade; o que ele pode e deve invalidar são os atos que, pelos padrões do homem comum, atentam manifestamente contra a moralidade.”²⁰

4.3. Das partes legitimadas

Como já examinado no item anterior, a Constituição Federal de 1988 somente concedeu legitimidade ativa para a propositura da ação popular ao cidadão brasileiro, nato ou naturalizado, portador de título eleitoral, no gozo de seus direitos políticos. Portanto, não podem ingressar em juízo os estrangeiros, os brasileiros que tiverem direitos políticos suspensos ou declarados perdidos (salvo se a suspensão ou declaração ocorrer durante o curso da ação popular), bem como as pessoas jurídicas. O art. 6º, § 5º, da Lei 4.717/65 admite a formação de litisconsórcio ativo facultativo com qualquer outro cidadão, embora, na prática, não seja comum.

Sobre a legitimidade ativa, leciona Rodolfo de Camargo Mancuso²¹: “No tocante às partes que compõem a ação popular, o pólo ativo sói ser integrado por uma pessoa física, *singular* – cidadão eleitor – sendo raríssima a hipótese de litisconsórcio facultativo, originário, com outro(s) cidadão(s), embora o § 5º do art. 6º da Lei 4.717/65 admita o litisconsórcio facultativo *ulterior* e a *assistência*, ambas figuras no pólo ativo.”

²⁰ DI PIETRO, M. S. Z., *Direito Administrativo*, 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 204.

²¹ MANCUSO, R de C.. *Op. Cit.*, p. 72.

Cabe salientar que no curso do processo, o autor, se preciso, pode ser substituído por outro cidadão ou pelo Ministério Público.

Outro ponto controvertido, ainda em relação à legitimidade ativa, é a questão de se o autor age como substituto processual ou não. A maioria da jurisprudência e doutrina²² entende que o cidadão, autor da ação popular, de fato age como substituto processual, porque defende em juízo, por nome próprio, um interesse pertencente à coletividade. Entretanto, há autores²³ que entendem que a ação popular, porque instrumento da democracia direta, por previsão constitucional, pertence ao cidadão. Neste caso, o cidadão ingressa em juízo, em nome próprio, por direito próprio e na defesa de um direito que lhe pertence (direito de participar da vida pública e fiscalizar).

A legitimidade passiva da ação popular é aferida da Lei 4717/65, visto que a Constituição Federal não explicitou sobre contra quem se exerce este instrumento de cidadania. A ação popular, segundo a Lei supracitada, deve ser proposta contra a entidade lesada, contra os que em seu nome praticaram o ato impugnado e contra os beneficiários deste ato. Sendo na verdade determinada a destinatária da ação popular pelo fato de se estar ou não na gestão de bens do patrimônio público.

O art. 1º, da Lei 4.717/65, estabelece a sujeição passiva a qualquer ente da Administração Pública, direta ou indireta, mencionando, inclusive os termos “quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos” e “às entidades que o Estado participe”.

Ademais, o art. 6º, §2º, prevê a citação obrigatória de todas as pessoas jurídicas públicas e de todos os dirigentes, funcionários, autoridades e beneficiários, do

²² José Frederico Marques, Seabra Fagundes, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco.

ato impugnado (litisconsórcio passivo necessário), que poderão contestar ou não a ação (sob pena de revelia), como também, concordar com o pedido do autor (art. 6º, §3º), desde que seja útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal da entidade ou empresa.

Concluindo, cabe salientar a necessária abrangência que a Lei 4.717/65 estabeleceu para os legitimados passivos. As palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso²⁴ traduzem-na: “À leitura do art. 6º da Lei 4.717/65 já se percebe que a *mens legislatoris* é a de estabelecer um espectro o mais abrangente possível, de modo a empolgar no pólo passivo, não só o causador ou produtor direto do ato sindicado, mas também todos aqueles que, de algum modo, para ele contribuíram por ação ou omissão, e bem assim os que dele se tenham beneficiado diretamente.”

4.4. O papel do Ministério Público

O Ministério Público, como instituição, não possui legitimação ativa para ingressar com a ação popular. Entretanto, tem papel singular como parte pública autônoma, incumbida de zelar pela regularidade do processo, de apressar a produção de provas e de promover a responsabilidade civil e criminal dos culpados.

A sua atuação na ação popular, apesar de não ser parte, é obrigatória, tendo como atribuições: acompanhar a ação em toda a sua tramitação, na condição de *custos legis*; apressar a produção de provas; e promover a responsabilidade civil ou criminal, ou ambas, das pessoas que nelas incidirem.

Destarte, segundo o artigo 6º, §4º, da Lei 4.717/65, o Ministério Público tem liberdade para manifestar-se a favor ou contra a procedência da ação, com total

²³ Dentre eles José Afonso da Silva e Alexandre de Moraes.

²⁴ MANCUSO, R. de C.. Op. Cit., p. 140.

independência funcional (garantida no art. 127, §1º, CF), sendo-lhe vedado, em qualquer situação, assumir a defesa do ato contrariado ou do autor do mesmo, devido à própria finalidade e natureza do instituto.

Ainda, de acordo com o disposto no art. 9º, da Lei 4.717/65, se houver abandono de ação, caberá ao representante do Ministério Público promover o seu prosseguimento, em lugar do autor omissor, se resultar de interesse público seu julgamento. Outrossim, isto não impede que o autor desista expressamente da ação e com o fato concorde o *parquet*, para a homologação regular da desistência, se ambos se convencerem da inexistência de fundamento para seu prosseguimento e houver concordância dos réus.

Sob este viés, há uma corrente doutrinária, dentre eles José Afonso da Silva, que defende a legitimidade do Ministério Público para, como cidadão, interpor ação popular. Entretanto, não se pode confundir as funções do Ministério Público na ação popular (*custos legis*, ativador das provas e sucessor processual do autor), com a própria titularidade da ação, esta somente concedida para o cidadão brasileiro, pessoa física, eleitor e no gozo de seus direitos políticos. O Ministério Público se utiliza, para proteção do patrimônio público e moralidade administrativa o instrumento processual da ação civil pública e não da ação popular, como veremos adiante. A defesa do patrimônio público pelo Ministério Público é reafirmada por suas funções institucionais na ação popular, sem, com isso, deixar de prestigiar o legítimo exercício constitucional da cidadania, assumindo o papel de cidadão.

4.5. Peculiaridades da ação popular e considerações finais

Os demais artigos da Lei nº 4.717/65 tratam das peculiaridades processuais para interposição da ação popular. Além do que se encontra estabelecido em Lei, a aplicação subsidiária do CPC determina a necessária observância dos ritos e formas

obrigatórios. Neste item trataremos de alguns aspectos processuais principais dando ênfase aos motivos de ineficácia da ação popular.

A ação popular é especial por ter origem na Constituição Federal, sendo que seu rito é o do procedimento ordinário, nos termos do CPC, observadas as regras processuais introduzidas pela Lei 4.717/65.

Primeiramente, quanto ao juízo de admissibilidade da ação, é mister salientar que o Judiciário poderá rejeitar a ação popular quando não estiverem preenchidos os requisitos de admissibilidade da ação, segundo regras do CPC, e quando não estiverem presentes os requisitos específicos para a ação popular, como mencionado no item 4.2. Neste contexto, chama-se atenção para o requisito da existência de nulidade do ato administrativo. Se não houver indícios de nulidade, até como forma de controle de possíveis pretensões políticas na interposição de ação popular, deve o Judiciário rejeitá-la. Por óbvio, tal requisito não representa exigência de prova pré-constituída, como necessário ao mandado de segurança coletivo.

O primeiro ato a ser analisado na ação popular, até como forma de verificar a admissibilidade da ação, é a petição inicial. Essa, assim como a citação do réu, a contestação²⁵ e o julgamento, devem ser realizados, no que se refere às regras e prazos com fundamento no CPC, acrescentando as peculiaridades do artigo 7º, da Lei 4.717/85.

Quanto à desistência da ação, cabe salientar que na hipótese do autor da ação popular desistir da mesma, são publicados editais sobre esse fato, sendo que esta publicação legitima qualquer cidadão ou representante do Ministério Público a dar prosseguimento à ação no prazo de noventa dias contados da última publicação do edital, conforme disposição do artigo 9º, da Lei 4.717/65.

A sentença deve ser prolatada em quinze dias contados da data em que o juiz recebeu o processo, se não o fora na audiência de instrução e julgamento. Julgada procedente a ação popular, o juiz, consoante artigo 11, da Lei 4.717/65, decreta a invalidação do ato impugnado e condena os responsáveis pelo ato e os seus beneficiários, à indenização de perdas e danos, resguardando às entidades públicas o direito de regresso contra o servidor causador do dano, se este tiver agido com culpa ou dolo. Invalidado o ato impugnado, a condenação abrangerá ainda as indenizações devidas, as custas e despesas com a ação, feitas pelo autor, bem como os honorários de seu advogado, nos termos do artigo 11, da Lei 4.717/65. Se o valor da lesão puder ser comprovado no curso da ação, será indicado na sentença, senão, segundo artigo 14, da mesma Lei, será objeto de futura execução. A ação popular tem natureza civil e, por isso, não poderá impor outras sanções, como condenações políticas, administrativas e criminais. Se houver necessidade de tais sanções, o juiz deverá remeter os autos ao Ministério Público ou à autoridade a quem competir a aplicação da pena.

Por outro lado, se julgada improcedente a ação, o autor não responderá pelas custas, nem pelos honorários de sucumbência, exceto se comprovada má-fé, consoante o preceito do artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal. Destaca-se, como informação, que antes do referido preceito constitucional, o autor não vitorioso arcava com as custas e os honorários de sucumbência, inibindo os cidadãos que, com receio de perder a ação, sequer a impetravam.

A sentença definitiva produzirá efeitos de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto quando a improcedência resultar de falta de provas, caso em que poderá ser renovada com o mesmo fundamento, desde que presentes novas e autênticas provas, como regulamenta o artigo 18, da Lei 4.717/65. Nessa renovação da ação pode figurar

²⁵ Segundo a Lei 4.717/65, artigo 7º, § 2º, IV, o prazo para contestação é de vinte dias, prorrogáveis por mais vinte, não seguindo, portanto, o estabelecido para rito ordinário no CPC. Ainda, o prazo é comum para todos os réus.

no polo ativo tanto o mesmo autor como qualquer outro cidadão que apresente os requisitos necessários para figurar como parte.

Na ação popular são cabíveis os mesmos recursos previstos no CPC, tendo como legitimados para recorrer o autor, por óbvio, o Ministério Público ou qualquer cidadão. Também, nos termos do artigo 19, da Lei 4.717/65, são cabíveis o recurso de ofício, contra a sentença que concluir pela carência ou improcedência da ação e apelação voluntária com efeito suspensivo, contra a sentença que a julgar procedente ou improcedente. Das decisões interlocutórias cabe agravo de instrumento.

A sentença transitada em julgado constitui título para execução, que deverá ser impetrada pelo autor ou, subsidiariamente, pelo Ministério Público.

Quanto à tutela liminar, encontra-se admitida expressamente no artigo 5º, §4º, da Lei 4717/65, podendo ser requerida inicialmente ou incidentemente pelo autor, Ministério Público, terceiro interveniente, entidades lesadas, ou ainda, concedida de ofício²⁶.

A competência para processar e julgar a ação popular é determinada pela origem do ato a ser anulado. Portanto, deve-se aplicar para o seu estabelecimento as normas constitucionais de distribuição de competência e leis de organização judiciária, observando-se as peculiaridades estabelecidas pelo artigo 5º, da Lei 4.717/65. Ressalta-se que a ação popular, ainda que ajuizada contra o Presidente da República, o Presidente do Senado, o Presidente da Câmara de Deputados, o Governador ou o Prefeito, pessoas políticas que geralmente gozam de prerrogativa de foro, será processada e julgada perante a Justiça de primeiro grau de jurisdição, federal ou comum.

²⁶ A concessão de ofício de liminar pelo juiz é controversa. Entretanto, segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, o artigo 797, do CPC, quando tutela o poder cautelar geral exercido, facultativamente, de ofício. Abarca a hipótese de concessão de liminar de ofício no caso da ação popular

Por fim, analisando os aspectos materiais e processuais da ação popular, pode-se tirar uma conclusão sobre a eficácia do instituto para o controle do patrimônio público. Isto porque, as dificuldades ocorridas ao longo do tempo com o procedimento da ação popular conduziram-na a um descrédito por parte dos legitimados e do próprio Poder Judiciário. Por um lado, os cidadãos, de má-fé, podem utilizá-la com interesses particulares e não com interesse público, desvirtuando a finalidade. Em compensação, os cidadãos bem intencionados, exatamente porque vítimas de um descrédito são taxados, por vezes, como mal intencionados. Sem contar com a ausência de interesse econômico por parte dos operadores do direito, culminando em petições iniciais deficientes na maioria de seus requisitos, visto a não observação das peculiaridades da Lei 4.717/65.

É um desvirtuamento de um instrumento que, antes de tudo, é manifestação inequívoca da soberania popular, possibilitando o exercício direto da fiscalização pelos eleitores do comportamento de seu representantes na gestão do patrimônio público.

5. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

5.1. Evolução histórica e considerações iniciais

A ação civil pública é um instrumento processual para a defesa dos interesses metaindividuais relativos ao meio ambiente, bens e direitos de valor histórico, turístico artístico, estético, paisagístico, mais recentemente, dos interesses de deficientes físicos, investidores do mercado de capitais e direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes; ou seja, a ação civil pública ampara os interesses que afetam toda uma coletividade chamados de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A ação civil pública surgiu com a Lei nº 7.347/85, com o objetivo de apurar a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Anteriormente, havia no ordenamento somente uma disposição da Lei Complementar 40, de 14/12/81, que estabeleceu como função institucional do Ministério Público a promoção da ação civil pública.

A Constituição Federal estabeleceu – encerrando a polêmica iniciada com o veto presidencial ao artigo 1º, IV, da Lei 7.347/85, que, mal interpretado, poderia excluir a legitimidade do Ministério Público – como função institucional do *parquet*, em seu artigo 129, III, “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Assim, segundo o autor Fernando Rodrigues Martins²⁷, com ênfase na tutela do patrimônio público:

²⁷ MARTINS, F. R. Op. Cit., p. 150.

As dúvidas respeitantes às possibilidades de ajuizamento da ação civil pública para a proteção do patrimônio público foram perdendo sua cor, pois o mandamento constitucional é soberano. Daí que, do advento do Texto maior, duas conclusões, no mínimo, eram inelutáveis: a primeira referente à total legitimidade do Ministério Público para aforar a ação civil pública com tal escopo; a segunda de que o patrimônio público, para todos os efeitos, é considerado interesse difuso.

Posteriormente, com a promulgação da Lei 8.078/90 – o Código de Consumidor – o conceito e a abrangência dos interesses difusos e coletivos foi discriminados em seu artigo 81. Tal dispositivo legal também facilitou o acesso à justiça e procurou encurtar as distâncias entre a dogmática jurídica e a realidade social, determinando uma extensão na legitimidade ativa nos casos de desistência infundada ou abandono da causa.

A Lei nº 8.884/94 apresentou outro acréscimo à disciplina da ação civil pública, acrescentando ao *caput* do art. 1º, da LACP a expressão danos morais e mais um inciso neste mesmo artigo, desta vez sobre a infração à ordem econômica.

Por fim, a Lei 9.494/97, em alteração não condizente com o espírito democrático da nova ordem constitucional, como se verá a seguir, restringiu os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ao limite territorial do órgão prolator da decisão na ação civil pública. Mais uma vez, nas lições de Fernando Rodrigues Martins²⁸: “Criou-se aqui, a despeito de todo o avanço ocorrido anteriormente, uma esdrúxula figura processual que, principalmente nas questões ambientais entre comarcas limítrofes, impedirá o acesso amplo à justiça.”

5.2. Das partes legitimadas do foro e do processo

Segundo o artigo 5º, da LACP, são partes legítimas para propor ação civil pública o Ministério Público, a União, os Estados, Municípios, autarquias, empresas

²⁸ MARTINS, F. R. Op. Cit., p. 152.

públicas, sociedades de economia mista, associações destinadas à defesa do meio ambiente ou do consumidor.

Dentre todos os legitimados para propor a ação civil pública, o Ministério Público é o mais adequado e o que mais deste instituto utiliza. Isto ocorre devido à sua independência institucional e funcional, não presente nos outros entes paraestatais e pessoas de direito público, além da maior facilidade de investigação por ser titular também do inquérito civil. Isto, em parte, afoga o trabalho do Ministério Público, pouco auxiliado pelas associações também legitimadas. Entretanto, mesmo que o *parquet* não seja titular da ação deve atuar como fiscal da lei, conforme disposição do artigo 5º, §1º, para evitar abusos no uso deste importante instrumento constitucional.

Quanto a legitimidade no pólo passivo, podem fazer parte todos os responsáveis pelas situações ou fatos ensejadores da ação, tanto pessoas físicas, quanto jurídicas, privadas ou estatais, reportando-se, aqui, às considerações sobre legitimidade passiva na ação popular.

Quanto ao foro, a ação civil pública deve ser proposta no foro do local onde ocorreu o dano ou no foro do local onde possa ou deva ocorrer o dano quando se tratar de ação cautelar, conforme disposto no artigo 2º, da LACP, respeitando-se a distribuição de competência entre a justiça federal e a estadual.

O processo é ordinário, seguindo o rito estabelecido no CPC. Entretanto, cabe destacar algumas peculiaridades como multa cominada liminarmente só exigível após trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento (Art. 12, LACP); havendo condenação em dinheiro, a indenização verterá para um fundo, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados (Art. 13, LACP); e a possibilidade do juiz conferir efeito suspensivo ao recurso para evitar dano irreparável à parte (Art. 14, LACP).

5.3. Dos efeitos da sentença e a restrição estabelecida pela Lei nº 9.494/97

Na ação civil pública, os efeitos da sentença, como se trata da defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, ultrapassam as partes do processo, pois a sentença faz coisa julgada *erga omnes*. Tal efeito favorece todos os interessados, quando a ação é julgada procedente, vítimas e sucessores. sem que seja necessário propor nova ação para declará-los, um a um.

No caso de improcedência por falta de provas, conforme dispõe o artigo 16, da LACP, a sentença não adquire o efeito *erga omnes*, podendo nova ação ser intentada pela mesma ou por outra parte legitimada, desde que haja apresentação de novas provas.

Entretanto, contrariando o próprio sentido da concessão de efeitos *erga omnes*, efeitos estes que deveriam atingir a todos, a Lei nº 9.494/97, derivada de Medida Provisória, alterou a redação do artigo 16, da LACP, restringindo os efeitos da sentença aos limites da competência territorial do órgão prolator. Esta foi uma alteração que não levou em consideração que os próprios direitos pleiteados, muitas vezes, não têm limites territoriais. É o caso da fabricação defeituosa de um produto ou de um dano ecológico. Na verdade, a capacidade de restrição da coisa julgada nas ações onde estão envolvidos interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos somente pode ser determinada em vista do caso concreto. Salientando-se, ainda, que o artigo 103, do Código de Defesa do Consumidor impede a aplicação da Lei 9.494/97 às ações que tutelam direitos individuais homogêneos.

A restrição dos efeitos da sentença às fronteiras da competência territorial do órgão prolator, em última instância, subdivide os interesses que estão sendo julgados, porque se trata de matéria de cunho jurisdicional, tendo em consideração a unidade da jurisdição, e não de competência, formalidade processual. É, na realidade, um limite

subjetivo da coisa julgada devido a natureza do direito material. Por isso, a extensão dos efeitos da sentença somente pode ser determinada com base no pedido feito pelo autor e não fundamentada na competência do órgão prolator. Assim, nos pedidos que pretendem efeitos nacionais ou regionais deve a ação, segundo regra de competência estabelecida pelo artigo 93, do Código de Defesa do Consumidor, ser proposta na capital do Estado ou Distrito Federal, regra esta que se aplica as ações coletivas, não revogada pela Lei 9.494/97. Obedecida tal regra de competência o juiz, considerando exclusivamente o pedido, estenderá os efeitos da coisa julgada.

Conclui-se, assim, que a Lei 9.494/97 veio restringir os efeitos da coisa julgada de forma não correspondente ao direito difuso, coletivo ou individual homogêneo pleiteado. Tal restrição é retrógrada, formalista, desvinculada das novas tendências do direito processual civil – princípio da celeridade processual, da economia dos atos, do acesso à justiça, dentre outros – fazendo com que se tente diminuir a eficácia da ação civil pública como instrumento de defesa da coletividade, não obstante ser inoperante pelas razões acima expostas.

Ao invés de facilitar e agilizar a solução de controvérsias, unificando decisões sobre idêntico assunto e desafogando o judiciário, esta Lei possibilita a existência de decisões conflitantes e sobrecarrega o Poder Judiciário, obrigado a julgar mais uma vez fato anteriormente julgado. Para concluir, transcreve-se as palavras da ilustre professora Ada Pellegrini Grinover²⁹:

Limitar a abrangência da coisa julgada nas ações civis públicas significa multiplicar demandas, o que, de um lado, contraria toda a filosofia dos processos coletivos, destinados justamente a resolver molecularmente conflitos de interesses, ao invés de atomizá-los e pulverizá-los; e, de outro lado, contribui para a multiplicação de processos, a sobrecarregarem os tribunais, exigindo múltiplas respostas jurisdicionais quando uma só poderia ser suficiente. No momento em que o sistema brasileiro busca saída até nos precedentes vinculantes, o menos que se pode dizer do esforço redutivo do Executivo é que vai na contramão da história.

²⁹ GRINOVER, A. P.. A Ação Civil Pública refém do autoritarismo. *Revista de Processo* n°

5.4. O Inquérito Civil

O Inquérito Civil é o instrumento promovido pelo Ministério Público, segundo disposição do artigo 129, III, CF, para investigação, visando a colheita de provas e documentos que esclareçam os fatos que deram, ou darão, ensejo às lesões aos direitos difusos ou coletivos.

Foi previsto, primeiramente, pela Lei 7.347/85, sendo que a Constituição Federal de 1988 o consolidou como instrumento de colheita de elementos para proporcionar um conjunto probatório mínimo.

Suas principais características são a publicidade, o caráter inquisitivo, a natureza preparatória para a ação civil pública, a exclusividade do Ministério Público, a obrigatoriedade de revisão de seu arquivamento pelo Conselho Superior do Ministério Público e a dispensabilidade.

É um instrumento com caráter inquisitório e, portanto, não é assegurado aos investigados as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sem que se trate, todavia, de procedimento sigiloso, visto que o princípio democrático do Estado de Direito não admite apurações clandestinas. Neste sentido, bem leciona Marino Pazzaglini Filho, Márcio Elias Rosa e Waldo Fazzio Junior³⁰:

É procedimento inquisitivo, porque eminentemente não contraditório, não comportando a participação dos interessados na colheita das provas, nem tampouco, o acesso às informações que a lei considera sigilosa e àquelas cuja publicidade poderá resultar em prejuízo para a própria investigação e elucidação dos fatos. Não é punitivo, não tem litigantes e, por isso mesmo, não se lhe aplicam as normas constitucionais sobre a observância do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF).

O convencimento do Ministério Público está intimamente ligado à dispensabilidade do inquérito civil. O §1º, do artigo 8º, da LACP, estabelece o caráter

não obrigatório do inquérito civil, exatamente pelo fato de que, se já houver um conjunto probatório mínimo, suficiente para o convencimento do Ministério Público, a ação civil pública poderá ser proposta sem a existência do inquérito civil.

O inquérito civil é instrumento exclusivo do Ministério Público que dele pode dispor fazendo com que, ao final, haja a proposição da ação civil pública com base nas peças de informação, ou seu arquivamento. O arquivamento das peças do inquérito civil é disciplinado pelo artigo 9º, da LACP, que dispõe sobre a necessária fundamentação da decisão e a obrigatoriedade de revisão pelo Conselho Superior do Ministério Público. A importância do controle do arquivamento do inquérito civil pelo Conselho Superior do Ministério Público é traduzida novamente nas palavras dos mestres Marino Pazzaglini Filho, Márcio Elias Rosa e Waldo Fazzio Junior³⁰:

“Esse controle pelo Conselho Superior tem a enorme vantagem de permitir que a própria Instituição resguarde, ao mesmo tempo, dois valores jurídicos fundamentais a tutela aos interesses difusos ou coletivos e o respeito aos direitos individuais. Também tem a enorme vantagem de poder corrigir eventuais irregularidades da instauração e salvar o inquerito civil para o prosseguimento das investigações, nos parâmetros desejáveis, o que não aconteceria com uma revisão pelo Judiciário, que simplesmente anularia o inquérito civil. Sem contar que a extinção do inquérito civil pelo órgão judiciário, além de suscitar toda sorte de indagações, poderia constituir-se em sério óbice numa futura investigação do mesmo caso.”

Por oportuno, cabe tecer algumas considerações sobre o compromisso de ajuste da conduta, também chamado de transação. Trata-se de um ato jurídico pelo qual o interessado, reconhecendo que sua conduta ofende interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, assume o compromisso de sublimar a ofensa adequando o seu comportamento às exigências legais. Em suma, é um acordo realizado entre o transgressor dos direitos supracitados e o Ministério Público. Não há qualquer tipo de renúncia de direitos ou concessões por parte do Poder Público, mas a simples participação formal para que o compromisso possa surtir seus devidos efeitos legais. Tal compromisso, entretanto, não pode ser aplicado nos casos de improbidade administrativa devido a vedação expressa da Lei 8.429/92, em seu artigo 17, §1º.

³⁰ PAZZAGLINI FILHO, M., ROSA, M. F. E., FAZZIO JR, W. Op. Cit. p. 151.

³¹ Idem, ...p. 161.

Para concluir, é importante frisar que, pelo poder requisitório, também concedido ao Ministério Público pelo artigo 8º, da LACP, pode o *parquet*, observadas as vedações constitucionais (inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra, imagem, sigilo de correspondência e das comunicações), solicitar informações e certidões durante o inquérito civil, inclusive com pedido de quebra de sigilo bancário e fiscal, quando houver necessidade.

6. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

6.1. Defesa da probidade administrativa por intermédio da ação civil pública

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu expressamente, no artigo 129, III, legitimidade ao Ministério Público para a propositura da ação civil pública na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa. Por sua vez, a Lei 8.429/92, editada para atender o comando constitucional preceituado no artigo 37, §4º, também prevê expressamente a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação principal (art.17) e para a ação de sequestro (art. 16).

A ação principal, para alguns autores, dentre eles Marcelo Figueiredo, é a ação de improbidade administrativa uma ação autônoma de reparação de danos, mais ampla que a ação civil pública. Entretanto, não seguindo esta orientação, a opinião predominante, e mais correta, é a que considera a ação principal como uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Não há uma ação principal retirada da Lei 8.429/92, visto que esta enuncia basicamente dispositivos de direito material e não processuais.

Por isso, para o caso de propositura de ação por ato de improbidade administrativa deve-se integrar as Lei 7.347/85 (LACP), Lei 8.078/90 (CDC), Lei 8.625/93 e LC 34/94. Sobre esta integração, leciona Fernando Rodrigues Martins³²: “No que respeita à Lei federal 8.429/92, tendo em vista os interesses públicos e difusos nela contidos, aplica-se também a integração acima, especialmente aquelas relativas ao Título III do Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual prefere-se intitular a ação, nestes casos, como *ação civil pública por improbidade administrativa*.”

³² MARTINS, F. R., Op. Cit., p.152.

Destarte, a própria Constituição intitulou a ação proposta pelo Ministério Público como ação civil pública, e não somente àquela ação com fundamento na Lei 7.347/85. Com efeito, não deve haver confusão entre gênero e espécie para aqueles que pensam que ação civil pública é tão somente a prevista na Lei 7.347/85, trazendo graves prejuízos à sociedade, muitas vezes não reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para os casos de improbidade administrativa.

Sobre a ação civil pública nos casos de improbidade administrativa, manifestam-se com perfeição Marino Pazzaglini Filho, Márcio Elias Rosa e Waldo Fazzio Junior³³:

Ação civil é a que tem por objeto uma lide civil. É a ação não penal. Pública por seu conteúdo, porque objetiva proteger interesses difusos ou coletivos.

Se toda ação civil, mediatamente, persegue a consecução do interesses público, na órbita processual civil, seu objetivo imediato é, em geral, a dedução de uma pretensão menor, isto é, particular. Quando, no entanto, a própria pretensão geradora da lide deflui de interesses difusos ou coletivos, estamos em face de ação civil pública.

Ação civil pública, no caso da improbidade administrativa, é a ação civil de interesses público imediato, ou seja, é a utilização do processo civil como um instrumento para a proteção de um bem, cuja preservação interessa à toda a coletividade.

Para finalizar o problema da denominação da ação principal e da sua natureza, ou seja, ação civil pública ou ação de reparação de danos, reporta-se aos ensinamentos de José Marcelo Menezes Vigliar³⁴:

Quanto ao nome da demanda, há que se lembrar o que já se considerou anteriormente: o instituto jurídico-processual da ação não deve ser batizado. Uma ação só é denominada de ação civil pública porque veicula uma pretensão essencialmente coletiva (interesses indivisíveis), ou acidentalmente coletiva (interesses divisíveis que tenham a mesma origem). O patrimônio público e a moralidade administrativa, repito, constituem exemplos desses interesses (difusos), daí a plena e inquestionável possibilidade de se usar da chamada ação civil pública.

³³ PAZZAGLINI FILHO, M., ROSA, M. F. E., FAZZIO JR, W. Op. Cit. p.197.

³⁴ VIGLIAR, J. M. M. Ação Civil Pública, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p.152.

6.2. Peculiaridades introduzidas pela Lei 8.429/92

A Lei 8.429/92, traz em seu conteúdo algumas inovações processuais que atingem diretamente a propositura de uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa, não obstante a maioria de seus artigos serem de direito material definindo o que venha a ser ato de improbidade administrativa e suas espécies.

Inicialmente, no que diz respeito à legitimidade ativa, cabe salientar que a Lei 8.429/92 concedeu legitimidade à pessoa jurídica lesada por ato de improbidade administrativa, inclusive para as empresas com participação no erário e empresas subvencionadas, de qualquer forma, pelo poder público. Ainda, tal Lei reforçou a legitimidade do Ministério Público. Caso o autor seja o Ministério Público, o órgão lesado deve ser citado para contestar o pedido inicial, não se manifestar, ou colocar-se ao lado do autor. Se o Ministério Público não for o autor, como já mencionada, funcionará como *custos legis*, tudo segundo o artigo 17, da Lei 8.429/92.

Com efeito, em relação à legitimidade passiva, o artigo 1º e seguintes indicam quem são os legitimados a cometerem ato de improbidade administrativa. Analisando a referida Lei chega-se à conclusão de que qualquer agente público, servidor ou não, ainda que exerça transitoriamente cargo, emprego, ou função, com ingresso por eleição, nomeação, designação, contrato ou qualquer outra forma, na administração pública direta, indireta, ou fundacional de qualquer dos Poderes da união e de seus entes federados, de empresas incorporadas ao patrimônio público ou quaisquer entidades que, para a sua criação ou custeio, o erário haja concorrido com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou receita anual, sem contar os casos de indução ou concorrência para com a atividade ímproba, ou, ainda aqueles que se beneficiaram do ato de improbidade.

Quanto à competência, cabe salientar que não há prerrogativa de foro para os que a detêm quando se trata de ação penal, como por exemplo, os juízes, os prefeitos, governadores, dentre outros. A ação civil pública por ato de improbidade administrativa não tem natureza penal, como bem atesta o art. 37, § 4º, da CF. Também, não há possibilidade de aplicação analógica da regra de prerrogativa de função na ações penais, visto que o privilégio de foro representa uma exceção ao princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei, não sendo passível de adaptação às necessidades dos detentores de poder.

Na esteira destas considerações, salienta-se a importância de duas súmulas do Supremo Tribunal de Justiça, que versam sobre o desvio de verba por autoridade municipal. Assim, nos termos da Súmula 208, se a autoridade municipal desviou verbas sujeitas à prestação de contas perante órgão federal, a competência será da justiça federal. Por outro lado, nos termos da súmula 209, se a verba desviada pela autoridade municipal foi transferida e incorporada ao patrimônio do Município, a competência será da justiça estadual, mesmo que a verba seja proveniente de órgãos federais. Pela inexistência da prerrogativa de foro não há possibilidade da competência ser dos Tribunais de Justiça dos estados.

Outrossim, quanto ao prazo prescricional, o artigo 23, da Lei 8.429/92, determina um prazo prescricional de 5 (cinco) anos para o exercício do direito de ação contra agentes públicos eleitos, comissionados ou ocupantes de função de confiança, contados a partir do término do mandato. Em relação aos demais agentes públicos com cargos efetivos ou empregos públicos, o prazo será aquele determinado em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão, contados a partir da data em que o agente consumou a prática do ato de improbidade.

Por oportuno, para encerrar as peculiaridades processuais, o próximo item tratará de um aspecto importantíssimo introduzido pela Lei 8.429/92: as diferentes formas de sanções.

6.3. Sanções atribuídas aos agentes de improbidade administrativa

O fundamento para a atribuição de sanção aos agentes que cometem improbidade administrativa encontra-se no artigo 37, §4º, da Constituição Federal. Tal artigo disciplina que a prática dos atos de improbidade “importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

A regulamentação infraconstitucional, Lei 8.429/92, estabelece as sanções cabíveis nos artigos 5º, 6º, 8º, 12 e 21, inclusive explicitando que as condutas culposas também são passíveis de tais sancionamentos. Sistematizando estes artigos, extrai-se diversas observações.

Primeiramente o artigo 5º estabelece a reparação dos danos. Aquele que cometer qualquer ato de improbidade administrativa será obrigado a reparar o dano, sendo que a ação que tenha como objeto tal reparação é imprescritível.³⁵ O pagamento do dano ou a reversão dos bens será em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito, conforme disposição do artigo 18, da Lei 8.429/92.

O artigo 6º, da Lei 8.429/92 inseriu a pena de perda dos bens adquiridos ilicitamente por força do ato de improbidade administrativa praticado, inclusive quando se tratar de bens de terceiros (art. 12, II). Na verdade, não se trata de uma perda, mas sim de devolução do que fora acrescido indevidamente. Por isso, não há possibilidade de se cogitar de inconstitucionalidade dessa “sanção” pelo fato de sua

³⁵ Por força do artigo 37, § 5º, da CF.

não previsão constitucional. Neste sentido, manifestam-se os mestres Marino Pazzaglini Filho, Márcio Elias Rosa e Waldo Fazzio Junior³⁶:

“Poderia, em princípio, cogitar-se de eventual inconstitucionalidade do perdimento de bens em decorrência de sanção civil, ante o texto taxativo da norma constitucional e a impossibilidade de interpretá-la extensivamente. Não é o caso. Na verdade, a perda do que foi auferido indevidamente não é, propriamente, uma sanção. O autor da improbidade nada perde, senão devolve o que adquiriu.”

A perda da função pública do agente ímprobo é uma sanção prevista no caso da prática de qualquer ato de improbidade administrativa, assim como as sanções supracitadas: reparação do dano, perda de bens e perda da função.

Entretanto, há sanções ou graduações de sanções que dependem da conduta ímproba praticada, ou seja, se ela está fundamentada no artigo 9º (enriquecimento ilícito), 10 (prejuízo ao erário) ou 11 (atos contra os princípios da Administração Pública).

Uma das hipótese acima é a aplicação de suspensão dos direitos políticos. Nas hipóteses do art. 9º, serão suspensos de oito a dez anos. Nas hipóteses do artigo 10, por sua vez, de três a cinco anos. Por fim, nas hipóteses do artigo 11, a graduação deve ser individualizada pelo judiciário, de acordo com a gravidade do ato ímprobo.

Outra hipótese é a multa civil, aplicada segundo a gravidade do ato, observando a seguinte escala: até três vezes o valor do acréscimo patrimonial ilícito, nos casos do art. 9º; até duas vezes o valor do dano, nas hipótese do art. 10; e até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente ímprobo quando se tratar do art. 11.

A proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios e incentivos, ainda que via pessoa jurídica da qual seja sócio, por 10 anos, também sofre

³⁶ PAZZAGLINI FILHO, M., ROSA, M. F. E., FAZZIO JR, W. Op. Cit. p. 137.

graduação; 10 anos nas hipóteses do art. 9º, cinco anos nas do art. 10. e três anos nas do art. 11.

Neste viés, faz-se mister ressaltar que o Presidente da República não está sujeito às sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, visto que a Constituição Federal disciplina, em seus artigos 85 e 86, a cassação do Chefe do Executivo diante dos crimes de responsabilidade somente. A perda de função pública e dos direitos políticos do Presidente da República só pode ter por base um crime de responsabilidade; um ato de improbidade administrativa, por si, não enseja tal cassação, aplicando-se as demais sanções previstas. Na esteira destas considerações, os membros do Congresso Nacional também não podem ter seu mandato cassado por ato de improbidade, fato só ocorrido com o procedimento do art. 55, CF – sendo assim também para os deputados estaduais por força do art. 27, §1º, CF – mas nada impede a suspensão de seus direitos políticos, que acarretará, indiretamente, a perda da função, por força do artigo 55, IV, CF.

Por sua vez, o artigo 21, da Lei 8.429/92 conclui a matéria determinando que a aplicação das sanções supracitadas independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público e da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

Ainda, como forma preventiva ou inibidora, nem sempre eficiente, a lei prevê, em seu art. 13, a declaração de bens dos agentes que se investem de função pública, com obrigação de atualização anual que se pode dar mediante a que é apresentada à receita federal.

6.4. Paralelo entre a ação popular e a ação civil pública na defesa do patrimônio público

A ação popular e a ação civil pública, como se viu, são instrumentos diferenciados para a tutela do patrimônio público. Algumas semelhanças podem ser constatadas, mas as diferenças as tornam autênticas perante o ordenamento jurídico.

Tais diferenças serão sistematizadas nos itens abaixo³⁷:

- a) na Lei da ação popular há referência a bens e direitos econômicos. Tal referência não está presente na LACP. Entretanto, isto não gera grandes conseqüências visto que a ação civil pública presta à defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo, o que não ocorre com a ação popular.
- b) a lei da ação civil pública se refere a bens paisagísticos, objeto não tutelado e impossível de tutela por ação popular;
- c) não obstante a Constituição Federal ter alargado o objeto da ação popular, a ação civil pública, como já mencionado, tem objeto ainda mais abrangente, podendo tutelar qualquer interesse difuso ou coletivo, conforme disposição do art. 129, III, CF;
- d) quanto a legitimidade ativa, o cidadão é o legitimado na ação popular (por sua própria natureza), enquanto que o Ministério Público e as entidades lesadas (quando se tratar de improbidade administrativa, por disposição da Lei 8.429/92) na ação civil pública;
- e) o pedido na ação popular visa anular ato lesivo ao objeto tutelado enquanto que, sem prejuízo do pedido de anulação, na ação civil pública, os legitimados podem fazer qualquer tipo de pedido, de qualquer natureza;
- f) na ação civil pública por ato de improbidade administrativa as sanções são mais abrangentes, sendo que na ação popular o pedido não envolve

³⁷ Tal sistematização segue as orientações de Hugo Nigro Mazzili em sua obra “A defesa dos interesses difusos em juízo”, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 134.

necessariamente o sancionamento do agente, mas, essencialmente, a nulidade do ato;

- g) a Lei 8429/92 abre espaço para punir as condutas a nível culposos, através da ação civil pública, enquanto que na ação popular a comprovação de ilegalidade é obrigatória.

Não obstante suas diferenças, cabe salientar a possibilidade de haver litispendência entre uma ação popular e uma ação civil pública que tenham o mesmo objeto e pedido, ou seja, que visem a declaração de nulidade de um mesmo ato administrativo, é perfeitamente cabível, desde que uma seja a repetição da outra.

A litispendência entre a ação civil pública e a ação popular, por óbvio, não terá como requisito a coincidência entre as partes, por natureza diferentes – cidadão, para a ação popular, e Ministério Público ou entidades lesadas, para a ação civil pública – mas sim, a análise do pedido e da causa de pedir, como dispõe Ada Pellegrini Grinover³⁸:

Reconhecida a identidade de partes passivas – enquanto substitutos processuais da coletividade – na ação civil pública intentada pelo MP para a defesa da moralidade pública e ação popular constitucional, bem como uma parcial coincidência de parte passiva, a pedra de toque para o exame dos nexos entre as ações é dada pela análise do pedido e da causa de pedir. Conforme o caso, poderá haver conexão entre as duas ações nos termos do art. 103, CPC (identidade de objeto ou causa de pedir) ou continência (se um pedido for mais amplo que o outro: art. 104, CPC), com as mesmas conseqüências, para ambos os casos: a modificação da competência, a distribuição por dependência e a reunião de processos para decisão de mérito conjunta.

Ademais, quanto à reunião de processos por conexão ou continência cabe salientar que a medida provisória nº 2.180/01 altera os dispositivos legais do artigo 2º, a Lei 7.347/85 e do artigo 17, da Lei 8.429/92, acrescentando, em ambos os casos, que a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.

³⁸ GRINOVER, A. P. Ação civil pública – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: RT, P. 26.

Consagra-se portanto, a prevenção do juízo quando da interposição simultânea de ação popular e ação civil pública porque menciona “todas as ações”, não importando, para tanto, a natureza diferenciada das mesmas, desde que tenham causa de pedir ou objeto idênticos, como se sabe, não esquecendo que para a configuração de litispendência, faz-se necessária a coincidência simultânea da causa de pedir e do objeto.

7. CONCLUSÃO

A proteção do patrimônio público é um direito difuso que, como tal, diz respeito os cidadãos. A tutela dos direitos difusos concretizou-se em nosso país nestas últimas décadas, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988. Através dela muitos anseios jurídicos puderam se concretizar como, a ampliação da esfera de atuação da ação popular, a determinação da ação civil pública como instrumento de defesa do patrimônio público, a previsão de edição de uma lei específica para os atos de improbidade administrativa e a criação do instrumento do mandado de segurança coletivo.

A abrangência do direito difuso de defesa do patrimônio público se esclarece através da conceituação deste e da explicitação de suas espécies: bens públicos, erário público e patrimônio moral. Os bens públicos são aqueles pertencentes às pessoas jurídicas de direito público, enumerados por lei, bem como aqueles que estejam afetados à prestação de serviço público. O erário público, por sua vez, é o espectro econômico do patrimônio público, enquanto que o patrimônio moral abarca os princípios regentes da Administração Pública.

O controle do patrimônio público pode ser feito interna e externamente à Administração. O controle externo pode ser dividido em controle legislativo e controle jurisdicional. O trabalho tratou do controle jurisdicional instrumentalizado pela ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo em relação a qualquer modalidade de tutela: inibitória, preventiva e repressiva. Quanto ao mandado de segurança coletivo, não obstante a menor frequência com que é usado para tutelar o patrimônio público, seu cabimento é possível desde que respeitados os requisitos de legitimidade ativa, direito líquido e certo e existência ato ilegal ou abuso. A ação ordinária civil de ressarcimento de danos somente é cabível nos casos de lesão ao erário ocorridos anteriormente à lei 8.429/92.

A ação popular, instrumento de cidadania introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1934, tem a finalidade de proteger o patrimônio público corrigindo a adoção de ato que o lesione. Tem como pressupostos básicos a cidadania do autor, a ilegalidade ou imoralidade da conduta praticada e a existência de lesão aos bens jurídicos tutelados. O Ministério Público não possui legitimidade para ingressar com a ação popular, mas tem papel obrigatório no controle de tal ação.

Por outro lado, na ação civil pública, o Ministério Público tem papel fundamental como parte ou fiscal da lei (quando a legitimidade é atribuída a outras entidades). Também é ele titular do inquérito civil, instrumento investigatório não obrigatório, com o papel de preparar a ação civil pública. Não obstante a abrangência do cabimento da ação civil pública, a Lei 9.949/97, veio, na contramão da história, restringir os efeitos da coisa julgada *erga omnes*, alteração esta que possibilita a existência de decisões conflitantes e sobrecarrega o Poder Judiciário.

Em relação ao controle do patrimônio público, a ação civil pública é utilizada como ação principal prevista na Lei 8.429/92, que regulamente os atos de improbidade administrativa. A ação civil pública por ato de improbidade administrativa tem diversas peculiaridades. A legitimidade ativa foi estendida para as entidades lesadas, as prerrogativas de foro existentes em processos criminais foram suprimidas e as sanções, seguindo previsão constitucional, foram acrescidas com suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, perdimento de bens, multa civil e proibição de contratar com o Poder Público, sendo que sua aplicação independe da ocorrência de dano ao patrimônio público e da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal de Contas.

Não obstante os aspectos legais, vislumbra-se um problema prático quanto à ação popular porque sua propositura, em relação ao patrimônio público, tem sido

pouco usada, assim como não tem obtido devido acolhimento, desencorajando o cidadão de sua impetração. O cidadão encontra muitas dificuldades para impetrar a ação popular, razão pela qual a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, tendo como principal legitimado o Ministério Público, é o instrumento mais adequado para proteger o patrimônio público.

Não há como esquecer que a proteção do patrimônio público, seja por intermédio da ação popular, da ação civil pública ou do mandado de segurança coletivo se faz essencial em um país em desenvolvimento que necessita, antes de tudo, uma melhor gestão do patrimônio que lhe é destinado pelo povo. A boa aplicação deste patrimônio pode transformar as necessidades do povo em meras e tristes lembranças. A Constituição está aí para fazer com que se supra tais necessidades, entretanto, para que seja plenamente efetivada, é mister a colaboração do cidadão, do Ministério Público, das associações, das entidades lesadas por ato de improbidade administrativa e de todos, que de uma forma ou outra, possam colaborar. Uma grande nação faz-se de esforços mútuos e de muito controle por parte dos que o poder detém.

De nada adianta uma legislação que abranja os principais aspectos para a defesa do patrimônio público se, na prática, a inércia do cidadão, das associações e entidades lesadas, do Ministério Público e dos próprios governantes fazem das palavras letras mortas e, conseqüentemente do mundo um lugar mais corrupto para viverem nossos descendentes.

BIBLIOGRAFIA

BATALHA, W. de S. C. **Direito processual das coletividades e dos grupos**. 2ª ed. São Paulo: LTR, 1992.

BUZAID, A. **Considerações sobre o mandado de segurança coletivo**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

CRETELLA JR, J. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Do mandado de segurança coletivo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

13º CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, Livro de Teses Vol 2. Curitiba, 1999.

FERREIRA, W. J. **Enriquecimento ilícito dos servidores públicos no exercício de função**. Bauru: Edipro, 1993.

FIGUEIREDO, L. V. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

FIGUEIREDO, M. **Probidade Administrativa**, São Paulo: Malheiros, 1995.

GRINOVER, A. P. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. A ação civil pública refém do autoritarismo. **Revista de Processo nº 96**.

_____. **Ação civil pública – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: RT, [199_].

MANCUSO, R. de C. **Interesses Difusos**. 4ª ed. São Paulo: RT, 1997.

_____. **Ação Popular**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARINONI, L. G. **Tutela Inibitória**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINEZ, J. M. de S. **Improbidade Administrativa – Juízo de admissibilidade e natureza da ação**. Disponível em: <<http://buscalegis.ccj.ufsc.br>>. Acesso em: 14/02/01.

MARTINS, F. R. **Controle do patrimônio público**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAZZILI, H. N. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Mandado de Segurança, Ação Popular e Ação Civil Pública**, 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MELO, F. L. **A ação popular à luz da Constituição Federal e considerações em torno de sua conotação processual**. Disponível em <<http://www.datavenia.com.br>>. Acesso em: 09/07/2001.

MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

NOGUEIRA, P. L. **Instrumentos de tutela e direitos constitucionais**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

PAZZAGLINI FILHO, M., ROSA, M. F. E., FAZZIO JR, W. **Improbidade Administrativa**, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PINTO, Francisco Bilac Moreira. **Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos**, Rio de Janeiro: Forense, 1960.

PRADE, Péricles. **Ação Popular**. São Paulo: Saraiva, 1986.

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, n° 7. São Paulo: RT.

SIDOU, J. M. O. **“Habeas Corpus”, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, “Habeas Data”, Ação Popular**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Ação Popular Constitucional: doutrina e processo**. São Paulo: RT, 1968.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Pacheco da. **O Mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997.

VIGLIAR, J. M. M. **Ação Civil Pública**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

VIGLIAR, J. M. M. e outros. **Ministério Público II**, São Paulo: Atlas, 1999.